

El levantamiento del velo en la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana

*Santiago Andrade Ubidia**

RESUMEN

La persona jurídica es un centro de imputación diferenciado, en el cual se limita la responsabilidad patrimonial de quienes se asocian. Sin embargo, a veces esta figura puede ser mal utilizada para alcanzar metas prohibidas por la ley o para perjudicar a terceros. La legislación ha previsto mecanismos para evitar esta utilización indebida de la persona jurídica, pero, excepcionalmente, se dan casos en que la solución legislativa no es suficiente, por lo que, partiendo de los principios generales del derecho de la buena fe, la lealtad y la equidad, la jurisprudencia ha desestimado la personalidad jurídica y ha llegado hasta quienes, amparándose en la figura societaria, han pretendido burlar la ley o abusar del derecho. Se ha desarrollado la teoría del *regard of legal entity*, que recibe muchos nombres en español (se ha preferido el de *levantamiento del velo*) que permite al juez, excepcionalmente, levantar el velo que separa al espectador de la realidad, a fin de imponer a los responsables del fraude o el abuso, la responsabilidad que les corresponda. En primer lugar se hace una breve exposición de la teoría, reseñando lo que han dicho los autores, para continuar examinando la situación ecuatoriana, las disposiciones legales aplicables y las sentencias en las cuales los jueces se han referido a esta teoría, y concluir señalando la naturaleza procesal de la figura, la inconveniencia de dictar una ley que la incorpore al ordenamiento jurídico y el riesgo de una utilización masiva e indiscriminada.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad patrimonial, personalidad jurídica, responsabilidad jurídica, transparencia, levantamiento del velo, imputación de la persona jurídica, abuso del derecho, fraude a la ley.

ABSTRACT

Juridical persons are differentiated imputation agents, where the patrimonial liability of partners is limited. However, in many occasions this figure is misused in order to achieve certain goals that are prohibited by the law or to cause prejudi-

* Vicerrector y profesor principal del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

ces to third parties. Legislation has foreseen mechanisms that limit this unlawful use of the juridical person, but exceptionally, there certain cases in which the legislative solution is insufficient. In these circumstances, over the basis of general principles of law such as good faith, loyalty and equity, jurisprudence has disregarded the legal entity of juridical persons and has reached those who hide behind the social figure in order to avoid law or commit frauds. Legal doctrine has developed the theory of the disregard of legal entity, which receives several names in Spanish (we have chosen the denomination “levantamiento del velo societario”), theory that allows judges to exceptionally, disregard the legal entity, in order to impose the correspondent liabilities to those who are really responsible of a fraud or abuse of law. This article briefly explains the theory, reviewing the opinion of different authors; then, examines the Ecuadorian situation, referring to the applicable legal provisions and the rulings in which judges have alluded to this theory. The article concludes with the determination of the procedural nature of the figure, establishing the inconvenience of issuing a law that incorporates this theory to the juridical system and analyzing the risks of its massive and indiscriminate use.

KEY WORDS: patrimonial responsibility, juridical personality, juridical responsibility, transparency, disregard of legal entity, imputation of juridical persons, abuse of law, fraud.

FORO

INTRODUCCIÓN

Nadie duda que el reconocimiento de la personalidad jurídica a entes asociativos distintos de los seres humanos ha sido trascendental para el desarrollo de la economía y del derecho y para que, en la actualidad, pueda funcionar una economía de libre mercado.¹

No obstante las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de estos entes asociativos, aun las que les niegan la calidad de *personas*, les reconocen su capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones *per se ipsum*, no para los que se asocian a fin de

1. Estos entes pueden adoptar múltiples formas, según el ámbito de su actuación; así, en el campo mercantil, se reconocen distintas formas de compañías; en el civil, si no persiguen finalidades de lucro, pueden constituirse fundaciones y corporaciones; y si pretenden alcanzar beneficios de orden económico sin dedicarse a la actividad mercantil, se reconocen distintas formas de sociedades; si actúan en el campo laboral, hay sindicatos, comités de empresa, asociaciones y otras figuras; en el campo de la economía solidaria, se encuentran cooperativas y mutualistas; así, se podría seguir realizando la enumeración de las diversas formas asociativas que reconoce cada ordenamiento jurídico.

darla nacimiento, lo que en definitiva constituye la esencia de la personalidad en el ámbito del derecho.²

Además, hay coincidencia en que el gran desarrollo del capitalismo y de los mercados ha sido posible desde que se reconoció la posibilidad de limitar la responsabilidad al monto de la aportación en la formación del capital societario.

Como señala Junyent Bas, la persona jurídica permite establecer una “organización autónoma, con patrimonio propio y capacidad de gestión que se distingue de sus instituyentes estructurando un esquema de simplificación de relaciones y de impermeabilidad patrimonial”.³

Por tanto, concurren copulativamente dos elementos para que funcione el sistema: primero, que la persona jurídica sea un centro de imputación diferenciado de los socios; y segundo, que éstos limiten su responsabilidad frente a terceros por las operaciones societarias únicamente al monto del aporte comprometido.⁴

Si se suprime cualquiera de estos dos pilares básicos, se vendría abajo todo el sistema económico vigente que, no obstante la mayor intervención del Estado que se advierte en los últimos tiempos, sigue funcionando sobre la base de las libertades de empresa y de mercado.

Sin embargo, nadie puede negar que el ser humano, persiguiendo alcanzar determinadas ventajas, con la mayor brevedad y el menor esfuerzo, busca siempre el camino más

-
2. Leandro Javier Caputo, en su obra *Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria*, Buenos Aires, Astrea, 2006, hace una amplia presentación de las diversas teorías que explican la naturaleza de la persona jurídica (pp. 6 a 20); afirma que “la consideración de la persona jurídica como un medio instrumental no ha tenido una aceptación pacífica en la doctrina, si bien entendemos que es la postura actual que mejores y más autorizadas adhesiones recoge en el campo del derecho societario” (p. 20) y cita a Fargosi, quien señala que a partir de Kelsen y Ascarelli se orienta un replanteo que conduce a una desmitificación de la idea abstracta y generalizada de persona jurídica elaborada en el siglo XIX para abrir nuevas sendas que van por el camino del análisis del lenguaje y del encuadramiento político-funcional del fenómeno (p. 9, nota 19). Caputo establece in extenso las críticas a la tesis del carácter instrumental de la personalidad jurídica (pp. 20-31), pero también de los argumentos a favor, inclusive con un análisis de la evolución histórica del instituto (pp. 60-86). Por cierto que lo anterior se aplica a la persona jurídica privada, ya que el debate respecto de la persona jurídica pública sigue otros derroteros.
 3. Francisco Junyent Bas, “Reflexiones sobre el abuso de la personalidad societaria”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO)*, 2005-A, año 38, Buenos Aires, Depalma, pp. 255-274. Este autor (p. 264) señala que “la personalidad jurídica constituye un medio técnico de simplificación de relaciones, al cual el derecho le atribuye capacidad e impermeabilidad patrimonial para limitar la responsabilidad de sus integrantes mediante la creación de un centro de imputación diferenciado”.
 4. Se discute si el reconocimiento de personalidad y limitación de la responsabilidad son elementos concurrentes o no. Autores como Juan M. Dobson sostienen que “la atribución de personalidad no importa limitación de responsabilidad”, *El abuso de la personalidad jurídica* (en el derecho privado), Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 61. Hay otros como CAPUTO (p. 44) que afirman que “la limitación de la responsabilidad resulta del solo hecho, aunque a veces no se repare en ello, de la existencia misma de la sociedad” y prosigue más adelante: “Esa existencia de la sociedad implica, no ya una limitación de la responsabilidad, sino una exclusión de esas responsabilidad en cuanto a la persona de los socios; éstos no responden por las deudas de la sociedad”.

corto y fácil. Así es como, con una frecuencia cada vez mayor, utiliza las instituciones existentes no en la forma para la cual fueron creadas, sino de manera indirecta u oblicua, como un paraguas para llegar a metas que no le están autorizadas o para obtener beneficios mucho mayores, aunque despoje a terceros de lo suyo. En definitiva, el fraude a la ley o el abuso del derecho se ha ido convirtiendo en una práctica frecuente en nuestras sociedades.⁵ Guillermo Julio Borda⁶ señala frontalmente: “Hemos aprendido desde siempre que el derecho tiene un fundamento moral, pero se ha desarrollado una suerte de positivismo pragmático que ha oscurecido lo ético a un grado sorprendente”. Más adelante, añade: “Este pragmatismo, tan en boga en el mundo actual lleva al hombre a la obnubilación de hacer primar sobre la verdad sustancial la formal, relajando nuestras costumbres, de modo tal que las líneas divisorias de lo lícito e ilícito, de lo moral o inmoral se tornan muy difusas”. Y concluye lapidariamente señalando: “Así, nuestra sociedad ha ido aceptando como ‘normal y moral lo que debió ser excepcional e ilícito’. Es hora de poner coto a tales excesos”.

La utilización desviada de las figuras legales no era nueva, pero la sensación de que se había generalizado su empleo⁷ hasta constituirse en una práctica frecuente, causó la preocupación de los académicos que las denunciaron, de los jueces que buscaron en el ordenamiento legal los posibles remedios y finalmente de los legisladores que, en determinados casos promulgaron normas encaminadas a poner fin a este estado de cosas.⁸ No podía ser de otra manera, ya que conductas como las señaladas atentan directamente contra la paz social porque siembran la desconfianza y socavan las bases de la convivencia civilizada.

Se debe advertir que la utilización indebida de las instituciones jurídicas no es exclusiva del campo societario; también en el caso de otras formas asociativas como sindica-

-
5. Sin embargo, debe anotarse que no se dispone de datos estadísticos que permitan conocer a ciencia cierta la frecuencia con que se presentan estas anomalías, sino que se afirma por percepciones, que bien pueden no corresponder a la realidad de los hechos sino que, por la gran publicidad que algunos casos reciben (a veces por la “necesidad” de crear noticias), se ha generado la sensación de que son muy frecuentes; lo grave sería que se llegara a actuar y tomar medidas subjetivas con base en esas percepciones, con el peligro de que se perjudique injustamente a quienes sean imputados de haberlas realizado a más de la inseguridad jurídica que se genera cuando no se tiene reglas ciertas para actuar.
 6. Guillermo Julio Borda, *El abuso de la persona jurídica en el contrato de sociedad*, en Atilio Aníbal Alterini, José Luis de los Mozos, y Carlos Alberto Soto, dirs., *Contratación contemporánea, Contratos modernos, derecho del consumidor, Instituciones de Derecho Privado*, t. 2, Bogotá, Palestra / Editorial Temis, 2001, p. 269.
 7. Esta sensación se profundiza particularmente en épocas de guerra, de crisis económica o de conflictos sociales, como la actual. Un caso paradigmático es el llamado Caso Madoff Ver <http://www.finanzzas.com/%C2%BFquien-es-y-que-hizo-bernard-madoff> (fecha de consulta 17 de junio de 2010).
 8. Una completa relación de esas necesidades, así como los antecedentes que motivaron a los tribunales a introducir el estudio de la doctrina, se puede encontrar en José Hurtado Cobles, *La doctrina del levantamiento del velo societario. Estudio práctico sobre su aplicación por los tribunales españoles*, Barcelona, Atelier Editorial, S. L., 2000, pp. 27-38 (en el caso anglosajón) y 39-60 (en el derecho continental).

tos, cooperativas, fundaciones y corporaciones privadas que pueden manipularse, e inclusive los fideicomisos se prestan para estos manejos,⁹ pero precisamente en el campo societario se acusó que, con frecuencia cada vez mayor, se venía utilizando a la compañía como un mero recurso técnico, para alcanzar proditorios fines, ya que en ocasiones la constitución misma de la sociedad está viciada porque no se persigue la causa-fín propia de ésta sino que se persigue ocultar la verdad o perjudicar a terceros o, inclusive, a los mismos socios; obviamente que en estos casos el remedio se lo puede alcanzar acudiendo a la justicia ordinaria porque se tratará de una situación prevista en la normativa general aplicable a los negocios jurídicos, ya que se estaría ante un contrato que adolecería de causa ilícita u objeto ilícito, según el caso;¹⁰ también puede ocurrir que la compañía regularmente constituida se desvíe por completo de su fin social y se constituye en instrumento para la comisión de delitos.¹¹ Los ordenamientos jurídicos en general han previsto soluciones que generalmente consisten en la posibilidad de que un juez (excepcionalmente un órgano estatal de control) declare disuelta la compañía; finalmente, puede ocurrir que se adopten decisiones societarias encaminadas a perjudicar a determinado grupo de socios o accionistas; ellos podrán acudir a la justicia ordinaria impugnando estos acuerdos societarios.¹² Finalmente, si en perjuicio de terceros se han cometido fraudes, abusos o vías de hecho, son responsables quienes los han ejecutado u ordenado, o se han beneficiado de ello así como los tenedores de los bienes, a efectos de la restitución, ya que constituyen delitos o cuasidelitos civiles, aunque no estén tipificados como delitos en la ley penal.¹³

Debe advertirse que ninguno de los casos expuestos en el párrafo anterior presenta problemas de interpretación o aplicación, ni son casos de desestimación de la personali-

9. Precisamente para precautelar esta posibilidad, la Ley de Mercado de Valores (LMV) en su artículo 123 dispone: “Acciones por contratos fraudulentos: El contrato de fideicomiso mercantil otorgado en fraude de terceros por el constituyente, o en acuerdo fraudulento de éste con el fiduciario, podrá ser impugnado judicialmente por los interesados, mediante las correspondientes acciones de nulidad, simulación o cualquiera otra prevista en la ley, según el caso; sin perjuicio de la acción y responsabilidad penal a la que hubiere lugar”. Si bien es cierto que el artículo 109 inciso 4º. de la LMV dice que *el patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil) no es ni podrá ser considerada como una sociedad civil o mercantil sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato*, y en el inciso 3 *ibid.* señala que *cada patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil) está dotado de personalidad jurídica*, es decir, que es un centro de imputación diferenciado del constituyente, fiduciario y beneficiario, tiene todas las características de una persona jurídica, en la que se limita la responsabilidad de los participantes y encaja en la definición que de la persona jurídica da el Código Civil en su artículo 564.

10. Ver el artículo 35 de la Ley de Compañías.

11. Según el art. 361, No. 11 de la Ley de Compañías, a más de la responsabilidad personal y solidaria prevista en el artículo 30 inciso 3, *ibid.*

12. Los artículos 114 literal h), 249 y 250 de la Ley de Compañías han previsto el derecho de los socios y accionistas a acudir ante la justicia ordinaria impugnando los acuerdos societarios que fueren contrarios a la ley o al estatuto.

13. Así lo dice el artículo 17 de la Ley de Compañías.

dad jurídica, lo mismo ocurre con la responsabilidad solidaria de empleadores y sus representantes en el ámbito del derecho laboral.¹⁴

Pero hay ocasiones en que ninguno de los remedios previstos en el ordenamiento legal sean aplicables, por las circunstancias en las que se desenvuelven los hechos. Ejemplo clásico ha sido el caso de que un país o un organismo internacional (como la ONU), ha dispuesto prohibiciones de comerciar con otro país, al que se le considera merecedor de esa medida, y que para burlar tal prohibición se constituyan compañías en países neutrales y con nacionalidad igualmente neutral, a fin de utilizarlas como paraguas para llevar adelante el comercio prohibido.¹⁵

Se han buscado soluciones para estos casos, que realmente son de excepción, y se ha acudido a una figura del derecho anglosajón, conocida como el *descorrimiento del velo societario*.¹⁶

Debe advertirse que el tema es muy complejo, pues “ha generado contradicciones entre la seguridad jurídica y la justicia”.¹⁷

14. Hay que resistirse a la tentación de incluir en la figura del descorrimiento del velo a situaciones previstas en el ordenamiento legal desde siempre, que tienen su razón de ser y su explicación clarísimas. En todo caso, ha de advertirse que hay autores que propugnan que debe utilizarse en varios supuestos que son, los más, de carácter casuístico, ante la insuficiencia de las previsiones legales. Así, por ejemplo, se ha aplicado esta doctrina en los tribunales españoles en diversos casos, por ejemplo, para tratar de ubicar al “verdadero” empresario y obtener una condena de la entidad o persona física que figura como titular de los bienes que deberían pertenecer a la empresa responsable. Con la aplicación de la figura del levantamiento del velo, se trata de buscar el patrimonio empresarial para que pueda responder ante los trabajadores. Desde luego, la aplicación de la doctrina en el ámbito de lo social ha motivado muchas dudas respecto a la competencia de los tribunales: ¿se trata de un caso que debe ser conocido por la jurisdicción laboral o por la jurisdicción mercantil? No existen conclusiones definitivas; pero se aprecia una tendencia a aplicar la figura, *en forma restrictiva ciertamente*, cuando se dificulta llegar al real responsable, para no dejar desprotegidos a los trabajadores. El problema latente, sin embargo, es que la aplicación de esta doctrina por parte de los tribunales de apelación, ha generado más de una confusión en el Tribunal Supremo español al momento de determinar la competencia. En detalle, puede consultarse a Vicente Jaime García, *Responsabilidad solidaria y el levantamiento del velo en la jurisdicción social*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2003, pp. 43 y ss. En todo caso, la aplicación de la doctrina se justifica en cualquier orden cuando sea necesario proteger a quienes puedan verse perjudicados por el abuso de la persona jurídica. Cfr. José Hurtado Cobles, *La doctrina del levantamiento del velo societario. Estudio práctico sobre su aplicación por los tribunales españoles*, pp. 80-81.

15. Durante la primera guerra mundial se dieron varios casos de los señalados, pero actualmente ha recobrado actualidad el ejemplo por la prohibición de realizar transacciones financieras con determinados países que se les considera aliados del terrorismo internacional, y se acusa a determinados bancos de que son controlados por intereses vinculados con esos países.

16. Como señala Teresa de Jesús Seijas Rengifo, “The disregard of the legal entity (Teoría del levantamiento del velo societario)” en *Revista de Derecho y Ciencia Política*, UNMSM, vol. 64, Nos. 1-2, Lima, 2007, p. 399, la figura ha recibido muchas denominaciones, entre las que se pueden citar: *Disregard of the legal entity*; *lifting the corporate veil*; *piercing the corporate veil*; inoponibilidad de la persona jurídica (doctrina europea); desestimación de la persona jurídica; teoría del allanamiento; redhibición de la persona jurídica; descorrer o levantamiento de la persona jurídica; rasgar el velo corporativo; corrimiento y penetración del velo; prescindencia de la persona jurídica.

17. Teresa de Jesús Seijas Rengifo, “The disregard of the legal entity (Teoría del levantamiento del velo societario)”, p. 399.

CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

Dobson conceptúa a lo que él denomina *desestimación de la personalidad jurídica, allanamiento o redhibición de la personalidad jurídica*, de la siguiente manera: “Se trata de un remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de la sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular”.¹⁸

El concepto antes transcrito tiene un elemento que merece destacarse: no limita la posibilidad de desestimar la personalidad jurídica a las sociedades, sino que la extiende a otras formas asociativas.¹⁹

Seijas Rengifo, por su parte, señala que

el levantamiento del velo es el acto por el cual se traspasa la forma externa de la personalidad jurídica de cualquier tipo de sociedad donde intervengan los socios con responsabilidad limitada, para investigar la realidad que existe en su interior, con el fin de evitar el fraude y la utilización de la personalidad con el fin de obtener resultados antijurídicos en perjuicio de intereses públicos o privados.

Añade que el prescindir de la persona jurídica implica desconocer el principio de división patrimonial entre sociedad y socios y “resulta pertinente su aplicación cuando la persona jurídica es utilizada en contra de los intereses superiores de la sociedad o por motivo de conflictos externos o internos”.²⁰

Otros autores explican que esta doctrina tiene, en el derecho anglosajón, una clara influencia en la aplicación de los principios y procedimientos de equidad.²¹

Al descorrimiento del velo se lo puede describir como el instrumento procesal que permite al juez dentro de un proceso, en situaciones excepcionales y frente a una con-

18. Juan M. Dobson, *El abuso de la personalidad jurídica* (en el derecho privado), p. 11.

19. En este trabajo, en general cuando se habla de figuras societarias, se incluye también las otras formas asociativas, como fundaciones y corporaciones, sindicatos etc. e, inclusive, a los fideicomisos porque, como se ha señalado antes, el empleo indebido de la persona jurídica puede darse en cualquiera de estas figuras.

20. María Teresa Seijas Rengifo, “The disregard of the legal entity (Teoría del levantamiento del velo societario)”, p. 398.

21. Es importante la aclaración que formula Carmen Boldó Roda, respecto de la procedencia de la aplicación del principio de la *equity*: como régimen de carácter supletorio, integra el del *common law*; así, un tribunal de equidad solo puede asumir su competencia cuando, de no hacerlo, se produciría un daño irreparable porque el tribunal de derecho no concede protección, o la tutela resulta inadecuada o injusta; surge entonces la necesidad de instar un procedimiento y jurisdicción únicos, para conocer estos casos. A pesar de que tanto los tribunales de derecho como los de equidad han tenido oportunidad para pronunciarse sobre la aplicación de la teoría del *disregard*, parece apoyar la tesis de que incumbe a la segunda jurisdicción el hecho de que los tribunales de quiebras norteamericanos son, en lo fundamental, tribunales de equidad (*Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, cuarta edición, 2006, pp. 85-89. Juan M. Dobson, igualmente, en una prolija exposición, hace hincapié en la aplicación del concepto de equidad en el derecho norteamericano, pp. 97-136.

ducta que sin lugar a dudas manifieste la voluntad de cometer un fraude a la ley o un abuso del derecho, mediante la utilización desviada de una forma asociativa, desestimar la personalidad jurídica de la forma societaria empleada y penetrando en la interioridad para descubrir la real naturaleza de los intereses individuales que se ocultan tras la forma desestimada.²²

Debemos precisar algunos elementos: es una figura exclusivamente procesal,²³ no pertenece al derecho material; constituye un instrumento que le permitirá al juez llegar a establecer la verdad real cuando la verdad formal encubre un fraude a la ley o un abuso del derecho;²⁴ es un remedio extraordinario, que lo aplicará el juez excepcionalmente ante la evidencia de que está ante una conducta abiertamente ilegítima,²⁵ que busca mediante el empleo desviado de la forma asociativa, cometer un fraude a la ley o abusar del derecho, no habrá una vía directa para remediar la situación por lo que la medida tiene carácter subsidiario; se funda en los principios generales del derecho y básicamente

22. Capilla Roncero, citado por Ricardo de Ángel Yagüez, *La doctrina del "levantamiento del velo" de la persona jurídica en la jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 1997, 4a. ed., p. 61.

23. En apoyo de esta tesis, se manifiesta Lorenzo Álvarez de Toledo Quintana, *Abuso de personificación, levantamiento del velo y desenmascaramiento*, Madrid, Colex, 1997, pp. 18-22, quien parte de la necesidad de que el juez supere la personalidad social, constate el abuso de personificación y, como "juez investigador", despoje de su máscara a los verdaderos autores del abuso. Así, "el levantamiento del velo es algo distinto del desenmascaramiento, porque lo primero es una operación puramente cognoscitiva, de la que podemos decir que es jurídicamente neutra, en el sentido de que no supone una calificación o valoración, ni positiva ni de reproche normativo, hacia persona alguna. En tanto que el desenmascaramiento es ya una respuesta del Derecho a una conducta que ataca valores fundamentales del orden jurídico". Por lo tanto, el desenmascaramiento (descubrir al verdadero responsable) presupone la necesidad de levantar el velo, "cuando se denuncia por una parte activamente legitimada un abuso de personificación, y la prueba practicada conduce efectivamente al sujeto de Derecho o al patrimonio escondidos o confundidos en la niebla de la apariencia creada" (p. 20). La tesis de su utilización como *técnica judicial* (y proceso intelectual a ser utilizado por el juez) se sujetaría a la verificación de los siguientes supuestos: "I. Constatación de un acto jurídico por los medios de prueba ordinarios previstos en el ordenamiento procesal. II. Constatación de la existencia de un abuso de personificación, integrado en o conexo con aquel acto jurídico... III. Constatación de la divergencia entre la realidad interna oculta por el velo y la apariencia o envoltura exterior. IV. Supresión de los atributos de la personalidad conexos con el abuso de personificación apreciado, o exteriorización o puesta de manifiesto de los que se hubiese ocultado; lo que llamamos desenmascaramiento. Y V. Hallazgo y proyección de la norma o disciplina jurídica aplicable a la realidad interna, una vez desvelada (p. 141).

24. Juan M. Dobson, *El abuso de la personalidad jurídica* (en el derecho privado), p. 94, señala que "un criterio de verdad es el que aparece de la doctrina de la "penetración" o de la desestimación de la personalidad jurídica, en cuanto señala que existiendo una contradicción entre el ente ideal "sociedad" y el objeto real "empresa", debe desestimarse el primero y observarse atentamente a la realidad, o sea, al segundo. El planteo ontológico sitúa a la empresa como un objeto real: la forma de conocer tal objeto tiene como origen el empirismo y con un criterio de verdad del conocimiento adquirido sobre este objeto al realismo. Esa es, por otra parte, la tarea que han realizado los jueces hasta el presente. A partir de ese dato de la realidad, la elaboración jurídica retoma su curso, aplicando a esa realidad los remedios e institutos que se estima deseables".

25. Bien enseña Hurtado Cobles que ha de tenerse cuidado en ceder ante la tentación de utilizar la figura con ligereza, a pretexto de desterrar formalismos legales "que puedan parecer, a primera vista, innecesarios. Recordemos las palabras a modo de advertencia que realizaba Polo en su prólogo a la obra de Serick señalando que 'el daño que resulta de no respetar aquéllas [instituciones legales], salvo casos excepcionales, puede ser mayor que el que provenga del mal uso que de las mismas se haga'", p. 66.

te en el principio de la buena fe; por regla general no produce la nulidad de la figura societaria sino únicamente su inoponibilidad y, en el campo patrimonial, deja de tener eficacia el principio de la limitación de la responsabilidad, la que se extiende a las personas que se encuentran atrás de velo societario, quienes serán personal y solidariamente responsables de los daños y perjuicios causados a terceros.

Por lo tanto, en aquellas formas societarias en que no hay limitación de la responsabilidad de los socios, como en las compañías colectivas o comanditas, no opera esta figura.

Tampoco será aplicable si existe una vía directa para sancionar, enmendar o corregir el abuso o el daño, como sería el demandar la declaratoria de nulidad del contrato societario por objeto ilícito o causa ilícita, o la disolución y liquidación por haberse producido el desvío de la finalidad societaria o la declaratoria de nulidad de los acuerdos societarios ilegales o perjudiciales para unos socios y beneficiosos para otro; los terceros podrán demandar las indemnizaciones y reparaciones a que hubiere lugar en caso de fraudes, abusos o vías de hecho, a quienes ejecutaron, ordenaron o se beneficiaron.

La autoridad administrativa no la puede aplicar, ya que se trata de dejar sin efecto la ficción legal de la persona jurídica y el privilegio de la limitación de la responsabilidad, o sea, de privar de un derecho por considerarse que se lo ha mal empleado en burla de la ley o en abuso del derecho, materia que pertenece al ámbito exclusivo y excluyente del poder judicial.²⁶

Siendo un remedio procesal extraordinario, el juez deberá estar seguro de la necesidad de aplicarlo, es decir, la prueba del dolo o mala fe con que ha procedido quien pretende beneficiarse indebidamente de la figura societaria debe ser concluyente. Posiblemente no exista prueba directa que le permita al juez llegar a esta conclusión, le será legítimo aplicar una presunción judicial siempre que los indicios en los que se base sean graves, precisos y concordantes, que le conduzcan unívocamente a esta conclusión.²⁷

Gulminelli señala, respecto de la aplicación de las reglas correspondientes al instituto de la inoponibilidad de la persona jurídica, que “es imprescindible que existan jueces idóneos capaces de abarcar conceptualmente la amplitud, complejidad e interés de esta problemática. Es necesario, asimismo, que los magistrados tengan en cuenta que el con-

26. Véase *infra*, nota 23, lo manifestado por Lorenzo Álvarez de Toledo Quintana, quien pone en evidencia que en ningún caso se debe atribuir a las autoridades administrativas, ni siquiera las de control, la atribución de aplicar esta teoría, porque se estaría violando las garantías del debido proceso y atropellando el derecho de los involucrados, quienes únicamente en virtud de una resolución judicial pueden ser privados de sus derechos y condenados a realizar una prestación más allá de su privilegio de exclusión de responsabilidad.

27. El artículo 121 del Código de Procedimiento Civil no incluye a la presunción judicial entre los medios probatorios, pero el Código Civil en el artículo 1729 sí lo hace y en el inciso tercero señala las características de los indicios para que el juez pueda deducir la presunción judicial.

cepto de persona jurídica ha evolucionado notablemente y que las figuras que se implican en él presentan, en la actualidad, facetas recientemente elaboradas”.²⁸

Esteban Francisco Bueno, entre las características del descorrimiento del velo, señala que en su virtud “se levanta o prescinde de los privilegios societarios”;²⁹ por su parte Seijas Rengifo dice:

Desde el origen de esta doctrina los autores trataron de determinar el criterio base a tener en cuenta a fin de decidir penetrar en la personalidad jurídica, prescindiendo de su estructura para llegar hasta sus miembros o socios. Esta necesidad de desestimar la personalidad jurídica, surge de la falta de garantías al momento de su conformación o en la realización de un acto económico o contractual. Por lo que el levantamiento del velo constituye un mero instrumento o mecanismo para evitar el fraude, pudiendo aplicarse en diversos ámbitos legales como el laboral, mercantil o tributario... Esta doctrina del levantamiento del velo societario parecería estar basada en la equidad, conveniencia y excepcionalidad, es decir, en el análisis de cada caso en particular, lo que nos lleva a suponer que el problema no se centra en definir la esencia de la personalidad jurídica, sino en las condiciones de uso del concepto “personalidad jurídica”. Desde el punto de vista económico, el levantamiento del velo societario como práctica rutinaria presenta la desventaja de vérsela como un riesgo que desalienta las formaciones económicas consistentes. Cuando se produce el abuso de la personalidad jurídica, bajo el amparo de la responsabilidad limitada de los socios, es menester identificar a los reales causantes del daño y conocer sus verdaderas intenciones para extender su responsabilidad ilimitada y personal. Porque al desconocer la personalidad jurídica de la sociedad infractora, lo que se busca es el resarcimiento ante la ley y la sociedad civil que le confirieron ventajas y que luego abusaron de ellas.³⁰

FRAUDE A LA LEY Y ABUSO DEL DERECHO

En realidad, se pueden dar dos clases de anomalías: o que se utilice la figura societaria en fraude a la ley, para alcanzar una meta prohibida por el ordenamiento legal, o que se la emplee abusando del derecho.

Si se constituye una compañía en fraude a la ley, como vía para alcanzar una meta que está vedada por el ordenamiento legal, y si éste fue el motivo para constituirla, habrá causa ilícita y adolecerá de nulidad absoluta. Es el caso tan frecuente de las compañías “de paja” destinadas a facilitar el lavado de dinero mal habido.

28. Ricardo Ludovico Gulmineli, “Enfoque actual de la inoponibilidad de la personalidad jurídica”, en *Revista de Derecho Comercial*, 1993-A, año 26, Buenos Aires, Depalma, pp. 121-167.

29. Esteban Francisco Bueno, “Acercamiento a la doctrina del disregard o levantamiento del velo societario”, en *Revista Ruptura*, No. 49, Asociación de Estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, Quito, 2005, p. 200.

30. Teresa de Jesús Seijas Rengifo, “The disregard of the legal entity (Teoría del levantamiento del velo societario)”, p. 398.

Si una compañía preexistente comienza a ser utilizada con un fin ilícito, habrá un problema de desviación del objeto social, que constituye causal de disolución y determinará que el organismo de control intervenga declarándola disuelta y disponiendo su liquidación.

Si una compañía se constituye para abusar del derecho de terceros, por ejemplo como medio de privar a los herederos forzosos de sus legítimas hereditarias, o si una compañía ya constituida se utiliza para ello, se estará ante una simulación, que de suyo no es ilegal ni ilegítima, aunque anda por el filo del cuchillo, ya que si llega a constituir un abuso del derecho, aunque no constituya un caso de ilegalidad que provoque su nulidad, como en el supuesto de las compañías que se utilizan en fraude a la ley, pero tampoco el ordenamiento jurídico puede permanecer impasible y debe poner freno a tal abuso.

En realidad, el ordenamiento legal no tenía una respuesta para estas situaciones, aunque la doctrina reclamaba una solución.

Fue la jurisprudencia la que vino, en Estados Unidos de América, Alemania y otros países de Europa y Latinoamérica, a dar la solución que posteriormente se ha consagrado en la legislación de algunos países.³¹

EL LEVANTAMIENTO DEL VELO

Esta figura es propia del derecho del *common law*, habiéndose desarrollado en los Estados Unidos de América y en Inglaterra.

Se afirma que el célebre juez Marshall, en 1809 (*Bank of the United States vs. Deveaux*), ya aplicó la doctrina denominada del *disregard of legal entity*, y posteriormente fueron los tribunales de los Estados Unidos los que en determinadas circunstancias admitieron la posibilidad de levantar el velo de la persona jurídica en aquellos casos en que se abusara de la personalidad jurídica para fines contrarios o ajenos a la vida de la sociedad.³² Con ocasión de la primera guerra mundial, por los problemas de nacionalidad de las compañías y de su mal uso por los beligerantes, se echó mano a la figura y,

31. Tal el caso de Argentina, en donde, en virtud de la ley 22.903 de 1983, se reformó la Ley de sociedades comerciales, y el párrafo 3º del artículo 54 “plasmó por primera vez en el derecho comparado una norma relativa a la inoponibilidad de la personalidad jurídica de las sociedades” según señala Rafael Mariano Manóvil en su prólogo a la obra de Leandro Javier Caputo, p. VII.

32. Cfr Osvaldo Marzoratti (h), *El abuso de la personalidad jurídica* (en el derecho privado), en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO)*, 1968, año 1, pp. 717-724. A partir de este fallo, los tribunales norteamericanos analizaron, con mayor frecuencia, los casos en los que se pretendía anteponer a la forma corporativa para cometer fraude a la ley o abuso del derecho. En su mayoría, los tribunales invocaron principios de equidad para superar la barrera de la corporación (Cfr. Carmen Boldó Roda, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, pp. 125-127).

entre otros casos en el de Raimier Co. vs. Continental Tire & Ruber Co. se desestimó la personalidad jurídica para juzgar de acuerdo a la realidad. Posteriormente, su aplicación se extendió a los intentos de defraudar a los acreedores, evadir impuestos, actuar en fraude a la ley, lograr un monopolio o proteger delitos. “De esta forma —señala Seijas Regifo— quedaron sentadas las bases de esta doctrina, tendiente a mirar la sustancia y despreciar la forma, prosperando la idea de que la persona jurídica estaba sujeta a límites, más allá de que el uso de esta figura pudiera ser considerada abusiva”.³³

De Ángel Yagüez³⁴ señala que “siempre se cita como antecedente de esta doctrina un caso de la jurisprudencia inglesa, el conocido como *Salomon v. Salomon and Company Limited*. Y lo curioso es que en este juicio no prosperó el levantamiento del velo que pretendió el liquidador de la sociedad” porque si bien el Juez Williams y el Tribunal de Apelación aceptaron la tesis del liquidador de desestimar la personalidad jurídica, la Cámara de los Lores, en sentencia de 1897, revocó por unanimidad los fallos del Juez Williams y del Tribunal de Apelación e inadmitió la pretensión del liquidador de que se desestimara la personalidad jurídica de *Salomon and Company Limited*. El mismo autor añade que “ha sido la jurisprudencia norteamericana la que sobre todo ha dado auge al levantamiento del velo”.³⁵

Dobson³⁶ señala que ayudó mucho al desarrollo de la teoría del descorrimiento del velo la figura procesal del *estoppel*, que “tiene por finalidad impedir la inclusión de pruebas en un proceso que vengán a sostener la afirmación o negación de un hecho determinado. Se trata, así, de una regla procesal negativa, mediante la cual una persona se vería impedida (‘estoppel’) de negar o afirmar un hecho”.³⁷ Aclarando el punto, el autor señala que “en la doctrina inglesa contemporánea se admite que el *estoppel* implica que un hecho que resulta relevante a los fines de la decisión final del juicio se convierta en prueba inadmisibles en el proceso en función de un hecho precedente, emanado de la parte que pretende su producción”, y mediante ejemplos ilustra la explicación.³⁸ Se citará uno de ellos: una sociedad que emitió una certificación en la cual constaba que una persona determinada era titular de partes sociales de esa misma sociedad, posteriormente se vería impedida de probar que el beneficiario de esa afirmación no era titular de tales partes sociales frente a un tercero.³⁹ Dobson añade que existen varios tipos de *estoppel*, todos los cuales se han aplicado en varios casos de *disregard*, pero de ellos el que resulta más

33. Ma. Teresa Seijas Rengifo, “The disregard of the legal entity (Teoría del levantamiento del velo societario)”, p. 399.

34. Ricardo de Ángel Yagüez, *La doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica en la jurisprudencia*, p. 62.

35. *Ibid.*, p. 63.

36. Juan M. Dobson, *El abuso de la personalidad jurídica* (en el derecho privado), pp. 265-271.

37. *Ibid.*, p. 265.

38. *Ibid.*, p. 266.

39. *Ibid.*, p. 267.

interesante es el llamado “estoppel by conduct”, “estoppel in pais”, “estoppel in fact” o “estoppel de equidad”, que “genera la prohibición de alegar o negar ciertos hechos en razón de una anterior conducta que resulta contradictoria con la actual afirmación”.⁴⁰ Ciertamente que esta institución del sistema probatorio angloamericano ayuda mucho para que el juez pueda llegar a la verdad real ya que los terceros quedan protegidos con la apariencia resultante del proceder de quien no podrá impugnar sus propios actos.

En los países de tradición romanística, una figura que se aproxima, sin llegar a la riqueza y variedad del *estoppel*, es la teoría de los actos propios, en virtud de la cual nadie puede alegar en su beneficio su propia torpeza o fraude, que se resume en el aforismo latino “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”.

Pero, como es de conocimiento general, en el sistema angloamericano no existe una elaboración doctrinal sistemática en la forma como ocurre en el sistema continental, sino que se va estructurando la teoría con base en las diversas situaciones que se presentan en la práctica. Marzoratti, comentando el *caso Berkey*, resuelto por la Corte de Nueva York, señala:

Aparentemente, el anterior es un caso importante y casi decisivo sobre el punto en análisis, atento al conocido principio del *stare decisis* que lo hace aplicable y obligatorio para un sinnúmero de tribunales inferiores actuando en casos similares. No obstante lo expuesto, la doctrina de Berkey no ha sido uniformemente seguida; porque los tribunales de varios Estados incluyendo los del Estado de New York, se las ingeniaron —atento a la peculiar creación normativa del *common law*— en distinguir los hechos de casos aparentemente similares de modo de llegar a una solución diferente...⁴¹

En el sistema continental, la teoría se desarrolló por los autores y fue recogida por la jurisprudencia. Quizá el autor que más contribuyó a la difusión de la misma fue el alemán Rolf Serick,⁴² cuya obra *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles* se tradujo al español y se publicó por la Editorial Ariel de Madrid, en el año 1959, que impactó en forma gravitante en el pensamiento jurídico español y de allí se difundió por Latinoamérica, aunque antes, según señala De Ángel Yagüez,⁴³ en 1949, el profesor De Castro dio la primera clarinada con su trabajo intitulado *La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*, publicado en el Anuario de Derecho civil, pp. 1397 y ss., que fue seguido de otros estudios en 1950, 1961, 1964, 1972 y 1981.

40. *Ibid.*, p. 268.

41. Osvaldo Marzoratti, *El abuso de la personalidad jurídica* (en el derecho privado), p. 720.

42. Carmen Boldó Roda, “La desestimación de la personalidad jurídica en el Derecho privado español”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1997, año 30, Buenos Aires, Depalma, p. 2.

43. Ricardo de Ángel Yagüez, *La doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica en la jurisprudencia*, p. 43.

La doctrina y la jurisprudencia continental se han ocupado del tema y, en general, puede decirse que la tendencia es a reconocer la posibilidad de su aplicación restrictivamente, cuando sea necesario llegar al verdadero responsable, en caso de que no existan otros mecanismos para subsanar un grave daño a terceros, a trabajadores, etc., si, de no aplicarse, se dejara en indefensión a esas personas.

Una presentación sistemática de la producción jurisprudencial en España lo constituye la obra ya citada de Ricardo de Ángel Yagüez, *La doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica en la jurisprudencia*, en la cual estudia un total de 157 sentencias dictadas tanto por el Tribunal Supremo español como por las audiencias provinciales, en algunas de ellas nombrando explícitamente la doctrina,⁴⁴ en otros aplicándola sin nombrarla,⁴⁵ y que tratan sobre las siguientes materias:

- Levantamiento del velo y responsabilidad civil
- Levantamiento del velo como medio para llevar a cabo la “comunicación” de la responsabilidad —u otra consecuencia de Derecho— entre una persona jurídica y sus miembros, o entre dos personas jurídicas en razón de la “identidad” de los intereses en juego
- La valoración ética de las conductas como objetivo de la penetración en el sustrato de la persona jurídica
- El levantamiento del velo en casos en que la persona jurídica se tiene presente como objeto, no como sujeto de la relación controvertida
- El levantamiento del velo en la sociedad de un solo socio o, en general, en la persona jurídica de un único miembro
- Levantamiento del velo y tercería de dominio. Otras manifestaciones procesales
- Levantamiento del velo y actos fiduciarios
- El levantamiento del velo en problemas relacionados con el disfrute de bienes
- El levantamiento del velo y confusión entre las denominaciones de personas jurídicas o empresas distintas
- El levantamiento del velo en el orden laboral: el principio de “unidad de empresa”
- Levantamiento del velo en el orden contencioso-administrativo⁴⁶
- El levantamiento del velo en el Derecho penal

44. Por ejemplo, en la sentencia *histórica* de la Sala Primera del Tribunal Supremo Español de 28.05.1984 expresamente indica “levantar el velo jurídico”: Ricardo de Ángel Yagüez, *La doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica en la jurisprudencia*, p. 84.

45. Por ejemplo, en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 07.02.1898: Ricardo de Ángel Yagüez, *La doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica en la jurisprudencia*, p. 195.

46. Se debe recordar que en España no existe (como en la gran mayoría de países) una jurisdicción contencioso-tributaria, sino que esta materia forma parte de lo contencioso administrativo.

Por su parte, Hurtado Cobles agrupa los supuestos de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo a: 1. casos en los que se aprecia evasión de una obligación contractual utilizándose a la persona jurídica como instrumento; 2. casos en los que se utiliza indebidamente a la persona jurídica para evadir obligaciones provenientes de la ley; y 3. supuestos en los que debe levantarse el velo para responder por acciones u omisiones culposas o negligentes, aprovechándose de la figura social.⁴⁷

Como se puede apreciar, el ámbito de aplicación de la figura es muy amplio,⁴⁸ aunque algunos autores consideran que es la sentencia de 28 de mayo de 1984 del Tribunal Supremo español la que marcó la pauta, al condensar y exponer con fuerza la utilidad de la figura.⁴⁹

La gran variedad de casos nos permite advertir un problema en la aplicación de la figura, porque “los supuestos de hecho en los cuales el instituto puede jugar un rol no pueden ser a priori abarcados acabadamente”,⁵⁰ por lo que “la literatura en Alemania ha sistematizado, entre otros, los siguientes grupos:

- a) confusión de patrimonio y de esfera
- b) insuficiencia de capital
- c) conducción externa
- d) abuso de derecho”⁵¹

47. José Hurtado Cobles, *La doctrina del levantamiento del velo societario. Estudio práctico sobre su aplicación por los tribunales españoles*, pp. 97-143.

48. Pero los casos no concluyen allí. Graciela Medina De Rivera tiene publicado un interesante estudio con el título “Modalidades societarias como forma de defraudar la legítima. Análisis jurisprudencial privado”, en *Contratación Contemporánea, Contratos Modernos, Derechos del Consumidor*, No. 2, Lima, Bogotá, Palestra-Editorial Temis, 2001, pp. 249-262, en donde registra seis formas societarias destinadas a defraudar al legitimario.

49. Por ejemplo, Santiago Ortiz Vaamonde, *El levantamiento del velo en el derecho administrativo: régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros*, Getafe (Madrid), La Ley, 2004, p. 23. En especial, el considerando cuarto de dicha sentencia señala: “Que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (artículos 1.1. y 9.3), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (artículo 7.1 del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el ‘substratum’ personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (artículo 6.4 del Código Civil), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (‘levantar el velo jurídico’) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo 7.2 del Código Civil) en daño ajeno o de ‘los derechos de los demás’ (artículo 10 de la Constitución) o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de la personalidad, de un ‘ejercicio antisocial’ de su derecho...”. Se puede acceder al texto completo de la sentencia en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=TS&reference=4408154&links=&optimize=19960113> (fecha de la consulta: 17 de junio de 2010).

50. Daniel E. Moeremans, “Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital en virtud del *disregard of legal entity*”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO)*, Buenos Aires, Depalma, 1989, año 22, pp. 714-723.

51. *Ibid.*, p. 720.

Como señala Carmen Boldó Roda, el autor alemán Rolf Serick, quien es el divulgador en el continente de la teoría del *disregard*, sostuvo que “la decisión de desestimar o no la forma de la persona jurídica dependerá de que con ayuda de ella se trate de burlar una ley, de quebrantar obligaciones contractuales o de un ‘abuso’ de dicha figura”.⁵² La misma tratadista añade que el punto más débil de este planteamiento doctrinal “lo constituye, sin duda, la imposibilidad de hallar un criterio rector que permita averiguar los casos en los cuales el juez pueda prescindir de la forma de la persona jurídica, lo que dará lugar a una grave situación de inseguridad jurídica”.⁵³

EL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN EL ARBITRAJE

El jurista peruano Fernando De Trazegnies Granda, en un interesante artículo intitulado “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”,⁵⁴ señala:

Tanto en el ámbito internacional como en el nacional pueden encontrarse situaciones tales como que un grupo económico extranjero obtiene la buena pro para desarrollar una obra dentro de las fronteras de un determinado Estado y, para este efecto, utiliza una u otra de las compañías que integran el grupo, según criterios de especialización o de oportunidad; y sucede que el dueño de la obra puede intentar reclamar por defectos en ella contra no necesariamente aquella empresa que la ejecutó directamente y que tiene un patrimonio reducido sino sobre la más importante de las compañías de ese grupo empresarial aunque no haya participado o haya tenido una participación solo incidental en la obra. Las relaciones financieras asumen también en algunos casos formas muy complejas en las que intervienen muchas personas jurídicas de una y otra parte; y puede suceder que los accionistas de una sociedad invoquen el convenio arbitral estatutario para demandar a otras compañías del grupo mayoritario y reclamar sobre el patrimonio social que, a través de una red de subsidiarias, pretenden que les habría sido escamoteado.⁵⁵

Como se advierte, el autor trata de dos casos de reclamos, de parte de terceros; el primero, originado en los propios accionistas que se sienten perjudicados en el segundo.

El autor añade que en estas circunstancias, “los juristas, los jueces y los árbitros se preguntan si es posible responsabilizar a todas las compañías de un grupo económico por

52. Carmen Boldó Roda, “La desestimación de la personalidad jurídica en el Derecho privado español”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO)*, 1997, año 30, Depalma, Buenos Aires, p. 2.

53. *Ibid.*, p. 2. En su obra *La doctrina del levantamiento del velo en el derecho español*, pp. 252-255, resume las posiciones contrarias a la adopción de la doctrina del levantamiento del velo.

54. Fernando De Trazegnies Granda, “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”, septiembre de 2004, en <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazegn/aafaa.htm> (fecha de acceso: 17 de junio de 2010), p. 17.

55. *Ibid.*, p. 1.

los actos de una de ellas o, inversamente, si una cualquiera de las compañías del grupo tiene derecho a exigir a la contraparte contractual aunque no sea ella quien firmó el contrato”.⁵⁶

Como respuesta a esta pregunta surge la teoría de que es posible “rasgar el velo societario”, así es como “desde hace algún tiempo, la doctrina y la jurisprudencia de algunos países y tribunales arbitrales internacionales ha tentado, cautelosa pero valerosamente, el camino espinoso de ir más allá de las formas jurídicas para resolver los conflictos de manera más conforme con la realidad”.⁵⁷

El autor señala que en virtud de que el juez ejerce constitucionalmente una función jurisdiccional, cualquiera puede ser demandado ante el Poder Judicial, mientras que en el árbitro ejerce una jurisdicción delegada por las partes que así lo convinieron, por lo que “puede pensarse que no podría (el árbitro) rasgar el velo societario para incluir dentro del arbitraje a quienes no otorgaron el convenio arbitral”,⁵⁸ ya que por su origen y por su naturaleza el convenio arbitral es un contrato y rige el principio de la eficacia relativa de los contratos, que se consagra en el aforismo latino *res inter alios acta aliis praeiudicare non potest* (aquello acordado no puede perjudicar a quienes son ajenos al acuerdo); pero, agrega el autor citado, en la actualidad los tratadistas en materia de Derecho arbitral consideran muy formalista esa manera de pensar y a posibilitar el que se llame al proceso a terceros; así, señala que la doctrina y la jurisprudencia francesa, siguiendo al Prof. Fouchard, “se orientaron en el sentido de que un no-signatario del convenio arbitral podría ser involucrado en el proceso arbitral y obligado a aceptar sus resultados, cuando había intervenido en la formación del acuerdo (conclusión), ejecución o terminación del contrato subyacente”.⁵⁹ Trae jurisprudencia de la International Chamber of Commerce (ICC) y agrega: “Hay una fuerte tendencia entre los árbitros que actúan bajo los auspicios de ICC a reconocer que un convenio arbitral firmado por una sociedad que pertenece a un grupo de sociedades, obliga y otorga título a otras compañías miembros de tal grupo, siempre que se cumplan ciertas condiciones mínimas”.⁶⁰

EL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN ECUADOR

En nuestro derecho positivo, la figura procede básicamente al amparo de lo que disponen los artículos 1562 del Código Civil y 17 de la Ley de Compañías; actualmente el

56. *Ibid.*, p. 1.

57. *Ibid.*, p. 1.

58. *Ibid.*, p. 6.

59. *Ibid.*, p. 7.

60. *Ibid.*, p. 8.

acceso al conocimiento de quienes son titulares de las acciones, participaciones y más derechos en las sociedades se ha facilitando enormemente gracias a lo que dispone la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos,⁶¹ particularmente en el artículo 6 inciso 5º, disposición general segunda y las disposiciones reformativas segunda que derogó el artículo 444 de la Ley de Compañías y sustituyó el 443, y tercera que reformó los artículos 45 y 65 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero codificada.

En la Ley para reprimir el lavado de activos⁶² se pone énfasis en el deber de las entidades del sistema financiero de registrar y reportar las operaciones por montos superiores a diez mil dólares de los Estados Unidos de América, así como en el de reportar periódica y sistemáticamente acerca de la existencia o no de operaciones o transacciones económicas inusuales e injustificadas, de las que tengan conocimiento, art. 3 c), d) y e), bajo responsabilidad “personal e institucional”, pero a la “unidad de inteligencia financiera” se le confieren atribuciones limitadas, en el art. 10 b): “Solicitar de los sujetos obligados a informar, de conformidad con lo previsto en esta Ley, la información que considere necesaria para el cumplimiento de sus funciones, con la finalidad de procesarla, analizarla y custodiarla; y, de ser el caso, respecto de la información que le haya sido entregada, solicitar aclaraciones o ampliaciones”. En el art. 14 se tipifica el delito de lavado de activos, y se señala que se lo puede competer “en forma directa o indirecta”. En el art. 17 inc., 2º se dispone: “Asimismo, de ser el caso, la condena por delito de lavado de activos dará lugar a la extinción de la persona jurídica creada para el efecto.” En la disposición general cuarta se dispone: “En ningún caso, los sujetos obligados a informar, podrán invocar el sigilo o reserva bancaria, ni el secreto profesional o fiscal, para negar el acceso o demorar la entrega de la información solicitada, especialmente cuando lo requieran las autoridades judiciales”. Esta ley, por ser de naturaleza penal, se la debe interpretar estrictamente, recordando el principio de legalidad que rige en forma absoluta en el campo penal, por lo que se le ha considerado insuficiente y la Procuraduría General del Estado ha presentado a la Asamblea Nacional un proyecto de reformas a la misma.⁶³

Pero, por sobre estas disposiciones legales, están las normas y principios constitucionales que constan de la Constitución de Montecristi: artículo 3 No. 4, que garantiza la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico; artículo 11

61. *Registro Oficial* suplemento al 162 de 31.03.2010.

62. Ley 12-2005, *Registro Oficial* 127 de 18.10.2005.

63. Oficio No. 14512 de 03.06.2010 dirigido por el Procurador General del Estado al Presidente de la Asamblea Nacional. Posiblemente la consideración de que la ley vigente no brinda los mecanismos suficientes para un adecuado control del lavado de dinero mal habido fue la causa por la cual las autoridades ecuatorianas no pudieron cumplir con las recomendaciones del GAFI y se impusieron sanciones al sistema financiero del país por esta razón (Ver FATF- GAFI FATF Public Statement <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/34/29/44636171.pdf> Fecha de consulta: 17 de junio de 2010).

No. 5 que constituye a los jueces en garantes de la vigencia de los derechos y garantías constitucionales; artículo 75 que consagra el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, sin que en ningún caso quede en la indefensión; artículo 83 que establece los deberes y responsabilidades de los ecuatorianos y ecuatorianas; artículo 172 que señala los deberes y responsabilidades de los jueces y juezas, en virtud del cual son garantes de la vigencia de los derechos y garantías constitucionales.

La jurisprudencia ecuatoriana sobre el tema es realmente escasa. La posición clásica de nuestros juristas, fruto del positivismo extremo que se profesó en el país, hizo que se considerara que la moral nada tiene que ver con el derecho⁶⁴ y, precisamente, son los valores éticos los que inspiran al instituto, por ello no se hicieron sino esfuerzos esporádicos para remediar la situación.

En el campo laboral, se señala como antecedente remoto⁶⁵ la sentencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia de 22 de mayo de 1944,⁶⁶ dictada dentro del juicio seguido por José Leonardo López contra la señora Dolores M. Cortés, propietaria de la fábrica de jabones El Progreso, la que era una compañía en nombre colectivo. La sentencia condenó a la demandada a indemnizar al actor por despido intempestivo. En ningún momento se invocó la teoría del descorrimiento del velo, sino que, más bien, se aplicó la solidaridad que en el campo laboral tienen los empleadores, sus representantes, socios, consocios o copartícipes o interesados en la empresa.

Posteriormente, la Quinta Sala de la Corte Suprema de Justicia dictó el 11 de abril de 1985 sentencia,⁶⁷ dentro del juicio seguido por Raúl Vinicio Garzón Rodas contra Mitchell Cots S.A. El actor, en los fundamentos de su demanda, señala que trabajó durante un período de tiempo para luego pasar a prestar sus servicios a la Compañía Ecuatoriana de Té C. A. “dependiente de la misma compañía”, y que posteriormente se le ordenó que regresara a la empresa demandada, alega despido intempestivo y pide que se le indemnice según la tabla de tiempo resultante de su trabajo en las dos empresas y no con la correspondiente al período últimamente trabajado para la demandada. El fallo,

64. En la *Gaceta Judicial* serie XIII No. 5, p. 1114, dentro del voto salvado al fallo de 14 de marzo de 1979, dictado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia, en el juicio de cumplimiento de promesa de venta que siguió el Coronel Pedro Bolívar Salazar contra Carmela Flores Rodríguez, se lee lo que ha constituido el pensamiento general de los juristas ecuatorianos: “Se dirá, tal vez que un fallo no puede legalizar un procedimiento incorrecto, pero este asunto atañe al orden moral y no al legal y al respecto cabe recordar la doctrina sostenida por el Dr. Víctor Manuel Peñaherrera el mismo que planteaba la posible oposición en que puede colocarse un juez entre lo no ético y lo legal y concluye que el juez debe atenerse al cumplimiento de la ley”.

65. Así la califica María de los Ángeles Montalvo, en “La teoría de la desestimación de la personalidad y el contrato de trabajo” (monografía para la obtención del título de Especialista Superior en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2002, p. 25).

66. *Gaceta Judicial* serie VI No. 14, pp. 897-898.

67. *Gaceta Judicial* serie XIV No. 8, pp. 1891-1893.

aunque no se pronuncia expresamente, aceptó esta pretensión y ordenó que se le indemnizara según la tabla correspondiente al tiempo total trabajado para la empresa principal y la dependiente.

María de los Ángeles Montalvo sostiene que, a su juicio, en ninguno de los casos señalados se aplicó la teoría del descorrimiento del velo, sino el “principio de la realidad, principio rector del derecho del trabajo” que permite “soslayar la persona jurídica e imputar la responsabilidad en forma solidaria a los condueños, socios o copartícipes cuando el trabajo se realice para dos o más empleadores interesados en la misma empresa”. En definitiva, se aplica el principio tuitivo del derecho laboral, que nada tiene que ver con el uso desviado de la personalidad societaria ni con su utilización como instrumento para fines puramente individuales.⁶⁸ En efecto, en el campo laboral y atento el estado de nuestra legislación, no es necesario acudir a la figura del levantamiento del velo ya que la normatividad laboral y el principio tuitivo del derecho del trabajo ofrecen suficientes mecanismos para el resguardo de los derechos de los trabajadores.

En el campo civil y mercantil, el primer caso en que se hizo expresa referencia a la doctrina del levantamiento del velo lo constituye la sentencia No. 393-99 de 08.07.1999⁶⁹ (Rubén Morán Buenaño vs. Ricardo Antonio Onofre González y Leopoldo Morán Intriago) dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, y que si bien no se descorrió el velo, no pudo dictarse una sentencia de mérito por no haberse integrado la litis consorcio pasiva necesaria ya que no se contó con el Sindicato General de Choferes del Guayas, por lo que si se hubiera dictado sentencia contra esta entidad, no habría podido ejecutarse por no alcanzarla. Este fallo es interesante, además, porque la persona jurídica involucrada no era una sociedad sino un sindicato.

Los primeros fallos en que se aplicó la teoría del descorrimiento del velo lo constituyen las sentencias No. 120-2001, de 21.03.2001⁷⁰ (Diners Club del Ecuador vs. Mariscos de Chupadores CHUPAMAR S.A.), y No. 20-03, de 28.01.2003⁷¹ (Ángel Puma vs. Importadora Terreros Serrano Cía. Ltda.), ambas dictadas por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil.

En la sentencia No.120-2001 la Sala dijo:

En la actuación de las personas jurídicas, se ha observado en los últimos años una notoria y perjudicial desviación, ya que se le usa como camino oblicuo o desviado para burlar la ley o perjudicar a terceros. Pierde por completo su razón de ser y su justificación económica y social; ya no es más una persona ideal o moral y se convierte en una mera figura formal, un

68. María de los Ángeles Montalvo, “La teoría de la desestimación de la personalidad y el contrato de trabajo”, p. 27.

69. *Registro Oficial* 273 de 09.09.1999.

70. *Registro Oficial* 350 de 19-06-2001 y *Gaceta Judicial* serie XVII No. 5.

71. *Registro Oficial* 58 de 09.04.2003 y *Gaceta Judicial* serie XVII No. 12.

recurso técnico que permite alcanzar proditorios fines. Como señala la doctrina, “la reducción de ella (la persona jurídica) a una mera figura formal, a un mero recurso técnico, va a permitir su utilización para otros fines, privativos de las personas que los integran y distintos de los de la realidad jurídica para la que nació esta figura. Esta situación desemboca en el llamado “abuso” de la persona jurídica, que se manifiesta, principalmente, en el ámbito de las sociedades de capital” (Carmen Boldó Roda, “La desestimación de la personalidad jurídica en el derecho privado español”, RDCO, año 30, Buenos Aires, Depalma, 1997, pp. 1 y ss.). Frente a estos abusos, hay que reaccionar desestimando la personalidad jurídica, es decir, descorriendo el velo que separa a los terceros con los verdaderos destinatarios finales de los resultados de un negocio jurídico, llegar hasta éstos, a fin de impedir que la figura societaria se utilice desviadamente como un mecanismo para perjudicar a terceros, sean acreedores a quienes se les obstaculizaría o impediría el que puedan alcanzar el cumplimiento de sus créditos, sean legítimos titulares de un bien o un derecho a quienes se les privaría o despojaría de ellos. Estas son situaciones extremas, que deben analizarse con sumo cuidado, ya que no puede afectarse la seguridad jurídica, pero tampoco puede a pretexto de proteger este valor, permitir el abuso del derecho o el fraude a la ley mediante el abuso de la institución societaria.

En la sentencia No. 20-03, la Sala dijo:

Sobre la teoría del “levantamiento del velo” o del “disregard” de la sociedad o compañía también se ha dicho: “Si consideramos a la sociedad como un instrumento técnico que el derecho provee a los seres humanos, atribuyéndole determinadas cualidades que permiten diferenciar totalmente la sociedad de los socios que la integran, resulta fácil establecer en qué casos es posible prescindir de esa personalidad. Cada vez que los individuos que recurren a la forma jurídica corporativa lo hacen apartándose de los fines que tuvo presentes el legislador, la imputación de los derechos, obligaciones y responsabilidades no se debe hacer a la sociedad, sino directamente a los socios, prescindiendo o pasando por alto la personalidad jurídica atribuida”, señala Carlos Alberto Villegas en su obra *Tratado de las sociedades*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 48. El mismo autor continúa: “En tales supuestos el juez puede ‘romper el velo’ de esa personalidad jurídica y ‘penetrar’ en la realidad, atribuyendo a los individuos que están detrás del velo societario (ocultos o escondidos detrás de él), directamente, la consecuencia de los actos o conductas antijurídicos” (*ibíd.*, p. 48). De igual forma opina R. Serick, citado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas (*Derecho societario*, parte general, *La personalidad jurídica societaria*, Buenos Aires, Heliasta, 1994, p. 73), quien expone: “Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera ‘abusiva’, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a derecho que se persigue. Existe ‘abuso’ cuando con la ayuda de la persona jurídica se trata: a) de burlar una ley, b) de quebrantar obligaciones contractuales, o c) de perjudicar fraudulentamente a terceros”.

En realidad se trató de dos casos de abuso del proceso en los que se pretendió evadir el pago de obligaciones pendientes, mediante el cambio de representante legal en el primer caso y de tipo societario en el segundo. La teoría del descorrimiento del velo se uti-

lizó como recurso técnico para penetrar hasta el real obligado, el dueño del 99,5 por ciento de las participaciones en el primer caso, y del ciento por ciento en el segundo.

Actualmente, no se precisaría invocar la teoría del descorrimiento del velo en razón de la reforma constitucional y legal que se expone más adelante.

Estos dos fallos fueron precedidos por la sentencia No. 133-1999, de 26.02.1999, (Amparo Páez Taco vs. Edgar Llovani Sotomayor),⁷² en que la Sala dijo:

El artículo 1589 del Código Civil dice: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”. Esta norma legal, aunque se refiere a los negocios jurídicos bilaterales, sin embargo es aplicable a toda obligación sea cual sea la fuente de la que dimanen ya que contiene un axioma básico de todo el ordenamiento jurídico patrimonial, esto es, que las obligaciones han de cumplirse de buena fe, ya que es una proposición tan clara y evidente que ni siquiera precisa de demostración y constituye postulado fundamental que sirve de base para la justificación de la potestad de la que se halla asistido todo acreedor para acudir ante el Estado a solicitarle y alcanzar de éste que ponga todo el imperio del cual se halla dotado al servicio de su interés privado a fin de que coercitivamente se ejecute la prestación a la cual está constreñido el deudor y que sirve para satisfacer el interés privado de tal acreedor; ausente la buena fe en el comportamiento de las partes unidas por una relación obligatoria, cambia por completo el panorama; en efecto, si desaparece este elemento vital en la parte deudora, no solamente que el Estado le impondrá compulsivamente el cumplimiento de su deber jurídico, sino que además será responsable de todo daño y perjuicio que sufra la parte acreedora y, en ciertos casos en que este comportamiento injurídico afecta al interés de la sociedad toda, causando alarma y provocando sentimiento de inquietud que incide en el bienestar colectivo, vulnerando así un bien social, inclusive llega a tipificarlo como delito penal; pero de la misma manera, si la parte acreedora no actúa de buena fe y pretende alcanzar beneficios exorbitantes, más allá de aquellos que se hallan justificados por la causa de la relación creditoria, o trata de imponer al deudor su voluntad abusiva, pretendiendo rebasar los límites que le señalan no solamente la declaración de voluntad que ha originado la relación obligatoria (cuando ésta nace de un negocio jurídico) sino también la ley, la costumbre y la propia naturaleza de la obligación, el Estado no puede acudir en auxilio de este acreedor que no pide se le ampare en el ejercicio de su derecho sino que pretende abusar de él. El comportamiento de las dos partes, acreedora y deudora, ha de ser, pues, equilibrado, enmarcado dentro de los límites señalados y caracterizado por la buena fe. Esta piedra angular y regla fundamental del derecho de las obligaciones es, básicamente, una norma de comportamiento, implica un deber de recto comportamiento de acuerdo a la equidad, constituye, en definitiva, “una regla objetiva de honradez del comercio jurídico” (Von Thur, citado por Camacho Evangelista en “La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones”, Granada, 1962, p. 32). Como lo viene sosteniendo la doctrina francesa contemporánea, la buena fe descansa en un deber moral que se transforma en obligación jurídica

72. *Registro Oficial* No. 162 de 05.04.1999.

de lealtad entre las partes (Georges Ripert, en su célebre obra *La regle morale dans les obligations civiles*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, 4a. ed., p. 6, No. 3) así lo entiende y por ello dice que “la regla moral puede ser estudiada, en primer lugar, en su función normativa, cuando viene a impedir el abuso de la forma jurídica que se quería utilizar para fines que la moral reprueba. Frente al principio de la autonomía de la voluntad, se eleva la necesidad para las partes de respetar la ley moral, la protección necesaria debida al contratante que se encuentra en estado de inferioridad y que es explotado por la otra parte, ella enseña que la justicia debe reinar en el contrato y que la desigualdad en las prestaciones puede ser reveladora de la explotación de los débiles; ella arroja la duda sobre los acuerdos que son la expresión de una voluntad muy poderosa doblegando una voluntad debilitada”. Camacho Evangelista (p. 20) señala que la buena fe obligacional “exige que se realice no solo lo que se debe en razón de la obligación, sino que se cumpla con la moral y con las reglas sociales que suponen un proceder honesto”. Enneccerus (en Enneccerus-Kipp-Wolff: *Tratado de Derecho Civil*, tomo II, “Derecho de Obligaciones”, vol. 1, Barcelona, Bosch, 1954, 7a. ed., pp. 19-20), en relación al qué y al cómo de la prestación, dice: “la doctrina dominante y, en particular, la jurisprudencia han deducido como principio supremo y absoluto que domina todo el derecho de las obligaciones, el de que todas las relaciones de obligación, en todos los aspectos y en todo su contenido, están sujetas al imperio de la buena fe, pero teniendo presente que el contenido de la deuda, cuando se trata de obligaciones derivadas de negocio jurídico, se determina en primer término por la voluntad de los interesados, mientras que en las obligaciones legales esta voluntad es indiferente: 1. La buena fe prohíbe, en primer lugar, que se cometa abuso con pretensiones jurídicas formal o aparentemente fundadas. La buena fe quiere proteger al deudor contra las exigencias impertinentes, que choquen contra el derecho y la equidad. Pero el (derecho) viene también a favorecer al acreedor protegiéndole contra la conducta del deudor que viole la buena fe, por ejemplo, contra las prestaciones a destiempo... 2. En determinadas circunstancias, de la buena fe puede resultar también que el deber de prestación sea más amplio que el contenido fijado en el contrato o por la ley. 3. En virtud de la buena fe también puede resultar por otro lado que se atenúe el deber de prestación, e incluso brotar un derecho del deudor a ser liberado de aquel deber o un derecho a que se transforme la relación contractual. 4. La jurisprudencia ha fundado también sobre (el principio de la buena fe) la llamada revalorización de las prestaciones afectadas por la devalorización sufrida por el dinero a consecuencia de la guerra y de la inflación.

Este fallo es de gran importancia, puede calificarse como la exposición de la posición doctrinaria de quienes integraban en esa época la Sala y ayuda a comprender el porqué de la aplicación de la doctrina en estudio ante dos evidentes casos de abuso del proceso, en una época en que todavía no existía en el derecho positivo norma alguna que proclamara el principio de la buena fe y la lealtad procesal como fundamento de la actividad judicial.⁷³ En este fallo se puso de relieve la importancia de la buena fe como “piedra

73. El artículo 207 inciso 3o de la Constitución Política codificada en 1998 disponía que “la persona que litigue temerariamente pagará a quien haya ganado el juicio las tasas que éste haya satisfecho, sin que en este caso se admita exención alguna”: esta norma, sin duda alguna fundada en el deber de buena fe y lealtad procesal, era lo única consagra-

angular y regla fundamental del derecho de obligaciones” que es, básicamente, “una norma de comportamiento, implica un deber de recto comportamiento de acuerdo a la equidad, constituye, en definitiva, ‘una regla objetiva de honradez del comercio jurídico’”. Actualmente la moral ha reingresado en el campo del derecho, del que estuvo por tanto tiempo desterrada, la Constitución de la República, a más de lo que dispone en el artículo 3 No. 4, antes citado, en el artículo 174 inciso segundo dice que “la mala fe procesal, el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal, serán sancionados de acuerdo con la ley”; y en el Código Orgánico de la Función Judicial, artículos 21, 26, 131, 132, 335, No. 9, entre otros, se establecen los deberes de jueces y juezas de velar por la buena fe y la lealtad procesal y de impedir todo tipo de maniobras fraudulentas y las sanciones a las partes y a los abogados por estas conductas que, fundamentalmente, son contrarias a la ética.

Posteriormente, se dictaron dos fallos, No. 135-2003 de 14.05.2003⁷⁴ (José Miguel Massuh Buraye vs. Roberto Massuh Dumani y la Compañía de Desarrollo Industrial del Ecuador DIDESA S.A.), en que se declaró que no concurrían los elementos para rasgar el velo societario; y No. 172-2004 de 23.07.2004⁷⁵ (Miguel Ángel Encalada Mora vs. Jorge Encalada Mora, Alicia Villacís de Encalada, Compañía Garijasa, Ganadera Agrícola Río Jagua S.A., José Encalada Mora), en que tampoco se aplicó la doctrina en aplicación del principio “*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*”.

Ortiz García estima que existen fallos de triple reiteración que, de conformidad con el artículo 19 de la Ley de casación, constituirían precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para los tribunales de instancia aunque no para la Corte Suprema de Justicia (actual Corte Nacional).⁷⁶ Eduardo Carmigniani Valencia igualmente afirma que “En el Ecuador existe jurisprudencia obligatoria de casación que acepta la aplicabilidad de la Teoría de la Desestimación”.⁷⁷

En materia tributaria, el 03.04.2009, se dictó una sentencia por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia (IMPORGAN S.A. vs. SRI), en la que se descalifican las facturas emitidas por una compañía por aceptar la afirmación

ción constitucional de este principio. En el Código de Procedimiento Civil el artículo 283 dispone la condena en costas a quien litigue temerariamente o proceda con mala fe, el 284 agrega que si hay condena en costas también se mandará a pagar los honorarios de la defensa de la otra parte, y el 285 añade que en ningún caso será condenado en costas el Estado pero que se condenará al pago de ellas al procurador o al fiscal que haya sostenido el pleito de mala fe o con temeridad notoria. Pero nada más. Ello ha ocasionado un sinnúmero de abusos que son de conocimiento público, lo que obligó a incorporar a la propia Constitución el principio de la buena fe y la lealtad procesal.

74. Registro Oficial No. 128 de 18.07.2003.

75. Registro Oficial No. 553 de 29.03.2005.

76. Pablo Ortiz García, “Desestimación de la persona jurídica”, en *Ruptura*, No. 46, Quito, Asociación Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2003, p. 580.

77. Eduardo Carmigniani Valencia, “Responsabilidad de los accionistas por las deudas de la sociedad”, en *Derecho Societario Memorias de las Primeras Jornadas Nacionales Octubre 22 y 23 de 2003*, Guayaquil, Edino, 2004, p. 109.

de la administración tributaria de que se trata de una “empresa de papel”, pero no se invoca la teoría del descorrimiento del velo sino que se aplica el principio de la búsqueda de la voluntad económica de las partes y la prevalencia de la *intentio factis* sobre la *intentio juris* al amparo de lo que dispone el artículo 17 del Código Tributario. La autoridad tributaria ha venido insistiendo en que debe descorrerse el velo para evitar la evasión tributaria y alegando que el artículo 17 del Código Tributario permite a los jueces ir más allá, hasta el descorrimiento del velo societario.⁷⁸ Es a todas luces innecesario en este campo acudir a la teoría del levantamiento del velo habida cuenta lo que dispone el artículo 17 del Código Tributario y la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos y sus reformas a la Ley de Compañías y a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, citadas en líneas anteriores, en cuanto permiten divulgar la información sobre los accionistas, socios o propietarios, lo cual indudablemente facilitará establecer procesalmente la voluntad económica de las partes y que prevalezca la *intentio factis* sobre la *intentio juris* para que no se utilice la figura societaria como un simple recurso técnico para inflar gastos o licuar utilidades.

Sin embargo, la falta de normas expresas considero que no es óbice. Con las últimas reformas a la Ley de Compañías y a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y con las disposiciones de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, más las facultades concedidas por el Código Orgánico de la Función Judicial, los jueces y tribunales tienen las herramientas necesarias para desarrollar esta institución, a más de los principios de derecho universal señalados de la honestidad y la buena fe, una vez que la ética se ha reincorporado al mundo jurídico, pero hace falta que los abogados con ingenio y preparación la planteen ante los tribunales y que los jueces que los integren, con una mirada moderna y con conciencia social, la recojan en sus fallos. Esperemos que esto ocurra.

CONCLUSIONES

1. La teoría del descubrimiento del velo no constituye una panacea que solucione todos los casos de utilización fraudulenta o abusiva de la persona jurídica.
2. Es útil en casos extremos, cuando la actuación de los agentes es manifiestamente contraria a derecho o abusiva. Pero de allí no pasa.

78. Así lo hizo en el proceso dentro del cual se dictó el fallo antes referido. El artículo 17 del Código Tributario dice: “Calificación del hecho generador: Cuando el hecho generador consista en un acto jurídico, se calificará conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados. Cuando el hecho generador se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen”.

3. Si es mal utilizada, los daños que podría causar serían infinitamente mayores que los posibles beneficios, ya que no habría seguridad jurídica y los inversionistas simplemente no invertirían, con la consiguiente paralización del mercado, el crecimiento del desempleo y el mayor empobrecimiento de la sociedad ecuatoriana. Lo delicado del tema ya fue puesto de manifiesto en los fallos que dictó la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en los que se señaló que la figura se aplica en situaciones extremas, “que deben analizarse con sumo cuidado, ya que no puede afectarse la seguridad jurídica, pero tampoco puede a pretexto de proteger este valor, permitir el abuso del derecho o el fraude a la ley mediante el abuso de la institución societaria”, razón por la cual los abogados no la han de invocar con ligereza y los jueces han resistir la tentación de echar mano de la misma como fácil medio para salir del paso.
4. La doctrina del levantamiento del velo es una institución fundamentalmente de naturaleza procesal, excepcionalmente afecta a la personalidad jurídica o al principio de limitación de la responsabilidad patrimonial, en los casos en que el juez, en guarda de la ley y de la moral y para evitar el abuso del derecho, se ve en la necesidad ocasional de traspasar el velo y extender la responsabilidad patrimonial a los socios o a los terceros que se estarían beneficiando indebidamente.
5. El levantamiento del velo es un principio general del derecho. No existen precedentes jurisprudenciales que la reconozcan ni precisa de ley ni de precedente jurisprudencial obligatorio para regir, ya que los principios generales del derecho están allí desde siempre y para siempre, y a ellos han de acudir los jueces cada vez que sea menester. Los jueces están obligados a administrar justicia, sin que puedan excusarse alegando falta u oscuridad de la ley, de no cumplir con su obligación estarán negando el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, que es un derecho consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República, por lo que, de cumplirse los presupuestos para que opere, deberán aplicar esta doctrina ante la falta de ley.
6. Abogados y jueces han de tener en cuenta que la figura del descorrimiento del velo no reemplaza a las consagradas en el derecho positivo, como la de nulidad por objeto o causa ilícita, la de disolución y liquidación cuando se ha abandonado en forma permanente la causa fin de la sociedad configurándose el vicio conocido como de *ultra vires*, la reparatoria de daños y perjuicios a favor de los socios cuando hayan impugnado los acuerdos societarios lesivos, o la acción indemnizatoria de daños y perjuicios por los terceros perjudicados, de conformidad con las normas atinentes a los delitos y cuasidelitos, por los fraudes, abusos y vías de hecho cometidas por los administradores o socios.

7. Es muy difícil elaborar una doctrina unitaria y tampoco puede decirse que los casos que ha resuelto la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia constituyan precedentes jurisprudenciales obligatorios ya que cada caso es único, hay⁷⁹ una multitud de circunstancias y de hechos propios de los casos singulares, que no resulta fácil poder establecer reglas de carácter general. Es preferible confiar en la prudencia, sabiduría y coraje de los jueces que han de aplicar o no la figura según las circunstancias de cada caso concreto.
8. Sería un desacierto dictar una ley que pretenda incorporar la figura al ordenamiento legal, ya que la dinámica de las situaciones en que pueden presentarse los fraudes a la ley o el abuso de terceros hace que vayan cambiando con tal rapidez, que la ley al final quedaría sin aplicación.⁸⁰ Este es un tema de política legislativa. El país necesita atender prioritariamente aquellos campos en que se presentan mayores deficiencias. En el campo procesal, ante todo debe darse la estructura definitiva al Consejo de la Judicatura, a la Fiscalía y a los tribunales y juzgados; han de modernizarse los procesos civiles con un nuevo código procesal incorporando el proceso oral, materia en que el legislador se halla en mora desde 1998, hay que igualmente organizar la justicia de paz, hay que solucionar el gravísimo conflicto producido con la justicia indígena por la falta de una ley de compatibilización, etc. No existen datos ciertos de la frecuencia del uso abusivo de la personalidad jurídica, pero seguramente son mínimos frente a la masa de problemas que aquejan a los más pobres, y no pueden merecer atención prioritaria, tanto más cuanto que la solución a los abusos y los fraudes no se dan por vía de crear más leyes sino de que haya jueces honestos, conocedores y con mística, que apliquen las leyes y, cuando éstas falten, los principios generales del derecho.

79. Se dictan muchas leyes que, después, no tienen aplicación: tal el caso de la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada que, por la enorme carga burocrática que impone, ha impedido el establecimiento de empresas de esta clase. Algo igual ocurre con la Ley de Concurso Preventivo, hasta el punto que se propone derogarla.

80. Se me facilitó por la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario un proyecto de “Ley para combatir los abusos de la personalidad jurídica”, que deberá ser analizado a profundidad y discutido lo más ampliamente, ya que pretende, en 57 artículos más una disposición derogatoria, modificar los Códigos Civil, de Comercio, de Procedimiento Civil, las leyes de Compañías, General de Instituciones del Sistema Financiero, de Mercado de Valores, Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada. Temas como el relativo a la persona jurídica, a la formación del consentimiento en los negocios jurídicos, al cumplimiento de las obligaciones etc. deben ser muy meditados, la reformas procesales deben encuadrarse dentro de la reforma general del proceso, no es conveniente seguir haciendo las reformas “parche” que en lugar de solucionar, complican más el panorama, baste citar como ejemplo el problema de la reforma del artículo 407 del CPC que, por no haberse aceptado la propuesta de reformar también el 480, como se hizo constar en el proyecto de Código Orgánico de la Función Judicial, el juicio ejecutivo de ínfima cuantía se quedó en 20 dólares y muy pocos demandan hasta 5.000 dólares en juicio ordinario de ínfima cuantía, por lo que esta reforma prácticamente ha quedado como letra muerta..

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez de Toledo Quintana, Lorenzo, *Abuso de personificación, levantamiento del velo y desentramamiento*, Madrid, Colex, 1997.
- Boldó Roda, Carmen, “La desestimación de la personalidad jurídica en el Derecho privado español”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 30, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- Boldó Roda, Carmen, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2006, 4a. ed.
- Borda, Guillermo Julio, “El abuso de la persona jurídica en el contrato de sociedad”, en *Contratación contemporánea, contratos modernos, derecho del consumidor, instituciones de Derecho Privado*, bajo la dirección de Atilio Aníbal Alterini, José Luis de los Mozos y Carlos Alberto Soto, t. 2, Bogotá, Palestra / Editorial Temis, 2001.
- Bueno, Esteban Francisco, *Acercamiento a la doctrina del disregard o levantamiento del velo societario*, en *Revista Ruptura*, No. 49, Quito, Asociación Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2005.
- Carmigniani Valencia, Eduardo, “Responsabilidad de los accionistas por las deudas de la sociedad”, en *Derecho Societario Memorias de las Primeras Jornadas Nacionales Octubre 22 y 23 de 2003*, Guayaquil, Edino, 2004.
- De Trazegnies Granda, Fernando, “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”, septiembre de 2004, en <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafaa.htm>
- Dobson, Juan M., *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*, Buenos Aires, Depalma, 1985.
- García Vicente, Jaume, *Responsabilidad solidaria y el levantamiento del velo en la jurisdicción social*, Barcelona, J.M Bosch Editor, 2003.
- Gulmineli, Ricardo Ludovico, “Enfoque actual de la inoponibilidad de la personalidad jurídica”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1993-A, año 26, Buenos Aires, Depalma.
- Hurtado Cobles, José, *La doctrina del levantamiento del velo societario. Estudio práctico sobre su aplicación por los tribunales españoles*, Barcelona, Atelier Editorial, S.L., 2000
- Junyent Bas, Francisco, “Reflexiones sobre el abuso de la personalidad societaria”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 2005-A, año 38, Buenos Aires, Depalma, 2005.
- Marzoratti, Osvaldo (h), “La teoría del disregard of legal entity a través de la jurisprudencia norteamericana”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 1, Buenos Aires, Depalma, 1968.
- Medina de Rivera, Graciela, “Modalidades societarias como forma de defraudar la legítima. Análisis jurisprudencial privado”, en *Contratación Contemporánea, Contratos Modernos, Derechos del Consumidor*, No. 2, Lima, Bogotá, Palestra / Editorial Temis, 2001.

- Montalvo, María de los Ángeles, “La teoría de la desestimación de la personalidad y el contrato de trabajo”, monografía para la obtención de Especialista Superior en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2002.
- Moeremans, Daniel E., “Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital en virtud del *disregard of legal entity*”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1989, año 22.
- Ortiz García, Pablo, “Desestimación de la persona jurídica”, en *Ruptura*, No. 46, Quito, Asociación Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2003.
- Ortiz Vaamonde, Santiago, *El levantamiento del velo en el derecho administrativo: régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros*, Getafe (Madrid), La Ley, 2004.
- Teresa de Jesús Seijas Rengifo, “The disregard of the legal entity (Teoría del levantamiento del velo societario)”, en *Revista de Derecho y Ciencia Política*, UNMSM, vol. 64, (Nos. 1-2), Lima, 2007.

Fecha de recepción: 18 de mayo 2009
Fecha de aceptación: 29 de mayo 2009